

POR

GERONIMO DE ENCALADA vezino de la ciudad de Seuilla. En el pleyto con Alonſo Perez Valderas. Sobre el articulo de reſtitucion que el dicho Alonſo Perez Valderas ha intentado.



SIENDO como es indubitable que la queſtion de derecho preſupone hecho cierto, vt docet Baldus. in l. eum quem, 79. §. iudicibus; num. 2. ff. de judicijs, ſerà neceſſario antes que ſe llegue a diſputar el derecho, aſſentar con certeza y breuedad el hecho.

Auiendoſe traido en pregones la renta de millones el conſumo del vino de la ciudad de Seuilla del año que començò a correr deſde primero de Otubre del año de mil y ſeiſcientos y veinte y tres, y ſe cumplio

lio al fin de Setiẽbre del año passado de veinte y quatro, se rematò de primero remate en Francisco Manito vezino de la dicha ciudad, en veinte y siete quẽtos dozientas y veinte mil marauedis. Y auiendo Alonso Perez Valderas pujado vn medio diezmo, Geronimo de Encalada pujò otro medio diezmo mas, y se rematό en el de segũdo y vltimo remate la dicha renta, en veinte y siete dias del mes de Setiembre de seyscientos y veinte y tres, y no auiendo recebido los Diputados las fiãças que en tiempo ofrecio Geronimo de Encalada, en diez de Otubre del dicho año pidio Alõso Perez Valderas se diesse por quebrada la renta por no auer afiançado dentro de los diez dias. A doze del dicho mes se dio por quebrada la renta, y a veinte y quatro por auto que proueyeron los Diputados en cõformidad del que auian proueido en doze la tornaron a Alonso Perez, y le notificaron la afiançasse dentro de tercero dia sin hazer el dicho torno en publica almoneda ante el escriuano de rentas como se deuia hazer. Apelò Geronimo de Encalada a la jũta del Reyno, del auto dicho, y por la junta se proueyò auto en que confirmaron el auto de quiebra, con que la renta se administrasse, y se pusiesse en fieldad, y la quiebra que tuuiesse se cobrasse de Geronimo de Encalada y sus fiadores. El auto del Reyno passò en autoridad de cosa juzgada, sin que del se apelasse por el procurador de Alõso Perez Valderas, y se despachò executoria. Agora Alonso Perez por su procurador se ha presentado en el Consejo en grado de apelacion expressando agrauios, y pidiendo restitucion de no auer apelado en tiẽpo, por ser menor. Por parte de Geronimo de Encalada se le pone excepcion de cosa juzgada, y se contradize la restitucion que pide.

Pretende Geronimo de Encalada que no ha de ser res-

restituido Alonso Perez Valderas, y su justicia consiste en quatro fundamentos principales.

Primum fundamentum.

EL primero es, que no deue ser restituido aduersus appellãdi temporis lapsum, porque no ha prouado todo lo que ha menester prouar para que se le conceda el beneficio de restitucion, porque siendo assi, que el menor que pide restitucion ha de alegar y probar dos cosas. La primera, que es menor. La segunda, que està leso, sui facilitate vel dolo aduersarij, l. 1. iuncta l. verum §. sciendũ ff. de minoribus, l. minoribus 5. & ibi glossa verb. captos, C. de in integr. restit. minor. l. 1. 2. & 6. tit. 19. p. 6. vbi not. Greg. Petrus de Rhauenna singulari 277. Afflictus decis. 211. num. 3. copiosè Alex. Trentacinquius var. resol. lib. 2. resolut. 2. & 3. de minoribus, aunque ha prouado que es menor, no prueua ni aun alega la lesion con las calidades dichas.

A este fundamento puede responder la parte contraria, que no ha menester prouar lesion, por que se presume ex eo solùm quòd non appellauit, con que vendremos a parar en aquella question vulgar, an ad obtinendam restitutionem minor ex eo quod nõ appellauit præsumatur læsus, an veró necesse habeat probare læsionem.

En esta question ay tres opiniones. La primera, es de la que pretenderà valerse la parte contraria, que el menor se presuma leso solamente por no auer apelado, y que esta presuncion baste sin otra prouança de lesion, esta opinion siguieron Bart. in l. fin. in quibus causis in integrum restitutio non est necessaria., numer. 10. Paulus de Castro in l. nam & postea 9. §. si minor num. 7. ff. de iur. iurando. La segunda opinion es contraria a la primera, que el menor no se presume

leso

leso solamẽte por no auer apelado, sino que es neces-sario, docere de læsione ad obtinendam restitutionẽ. Esta opinion fue de Bart. in d.l.nã & postea 9. §. si minor ff. de iure iurando, num. 6. a quien siguieron Bald. in d.l. fin. C. in quib. causis in integrũ restit. nõ est necess. & plures pro hac opinione congesti ab Antonio Gabriele com. conclus. lib. 2. de minoribus conclus. 2. Surdus cons. 79. num. 6. Alex. Trentacinquius resol. lib. 2. resolut. 2. de minorib. num. 31. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumptione 82. n. 8. & 9. Rota decis. 5. aliàs 87. de restit. in integr. in nouis.

Esta segunda opinion assi por ser mas comun, vt constat ex relatis, como porque es mas conforme a principios se deue seguir, porque no es buen argumento ni concluye, no solamente de neceſſario, mas ni aũ à probabili, es menor, y no apelò, luego està leso en no auer apelado, pues sucede muchas vezes q̃ al menor le sea muy vtil no auer apelado, y tan facilmente le puede estar bien el no auer apelado, como el serle vtil el auerlo hecho, y assi tendra lugar la regla de la l. neque natales, y alli la gloss. verb. cùm nihil C. de probation. non probat hoc esse quod ab hoc contingit abesse.

La tercera opinion es la de Fulgosio in d.l. nã & postea, §. si minor, & in d.l. fin. C. in quib. caus. q̃ es opiniõ que concuerda las otras dos con esta distincion, o el menor que no apelò es actor, y entonces por solo no apelar no se presume leso, ni ha de ser restituido; o es reo, y entonces se presume leso por solo no auer apelado, y sin otra prouança de lesion ha de ser restituido, quam concordiam secuti sunt Alex. cons. 115. in fine, vol. 5. & in addit. ad Bart. in d. §. minor & alij relati ab Ant. Gabr. vbi sup. num. 2. Caldas Pereira in l. si curatorem, C. de in integr. restit. min. verbo sua facilitate, n. 33. æquam opinionem dicit Greg. Lopez in l. 1. tit. 25. Part. 3. glossa 3.

Y caso

Y caso que esta opinion de Fulgosio parezca q̃ se deue seguir, tambien estamos en los terminos della, porque Alonso Perez Valderas es actor en esta causa, y como tal en diez de Otubre del año de veinte y tres dio peticion en este pleyto pidiendo se hiziesse quiebra de la renta y se le tornasse, y assi el auto proueido por los Diputados en veinte y quatro de Otubre dize estas palabras: *Dixeron que se le notifique a Alonso Perez Valderas, que atento que a pedimiento suyo por peticion que presentò en diez deste mes de Otubre, è por auto proueido a ella por esta junta en doze del se dio por quebrada esta renta, &c.* Otra concordia trae Antonius Gabriel com. conclus. lib. 2. cõclus. 1. de minor. n. 3. refiriendose a la conclusiõ 3. del mismo titulo n. 2. Y es que si el menor agit de damno vitando, se restituya sin otra prouança de lesion, aliàs secus si agit de lucro captando.

Tambien estamos en los terminos desta doctrina, porq̃ Alonso Perez Valderas quando no sea restituido, no perderà cosa alguna ni corre riesgo, pues se le pagaràn los salarios de la fieldad, si bien no ganarà lo que pudiera ganar si fuesse restituido y se reuocasse el auto del Reyno.

No nos cõtẽtamos cõ q̃ Alonso Perez Valderas no aya alegado ni prouado la lesiõ q̃ le resulta de no auer apelado, antes prouarèmos q̃ el susodicho no està leso en no auer apelado: y esta demostraciõ se harà prouãdo lo contrario de lo q̃ la parte contraria auia de prouar, para q̃ se dixesse q̃ estaua leso en no auer apelado.

De la forma que pudiera prouar la lesion la parte contraria, era demostrando que tiene tan buen pleyto, que si fuera restituido aduersus omissam appellationem, lo venceria en su fauor, Bartulo in dicto §. si minor num. 6. ibi: *Nisi appareat ipsum fouere iustam causam* Baldus in d. l. fin. C. in quibus causis in

 inte-

integr. restit. numer. 7. eleganter in hæc verba: *Alij dicunt, quòd nisi probet sententiam iniustam, non apparet eum aliquod beneficium perdidisse, quia neque interest sua appellare à iusta sententia, cùm etsi appellaret, succumberet:* argumento ff. de vsu. l. tutor, & de re iudicata, l. negotiorum, *quod credo veriùs*, Gregorius in dicta l. 1. titul. 25. Part. 3. glossa 3. ibi: *Imò quòd debeat docere de læsione, & sic quòd haberet aliquid propter quod vincere deberet in causa appellationis.*

Supuestas estas doctrinas tendremos necessidad de tocar algo de la justicia principal, y probar que aunque se huuiera apelado del auto del Reyno, se auia de confirmar en grado de apelacion, con que prouarèmos q̃ no ha auido lesion alguna en no auer apelado.

El auto del Reyno contiene dos partes. La primera, confirmar el auer dado la renta por quebrada, por no auer afiançado en tiempo Geronimo de Encalada. La segunda, mandar que la renta se administre y ponga en fieldad, y la quiebra que tuuiere se cobre del dicho Geronimo de Encalada, y sea por su quenta y de sus fiadores.

La primera parte no puede dezir que es injusta la parte contraria, porque ella pidio la quiebra, y Geronimo de Encalada aũ en esta parte pudiera pretender que se le auia hecho agrauio en auer mandado hazer la dicha quiebra, y no auerle dado recudimiẽto, pues auia ofrecido fianças bastantes, y la junta de la ciudad no se las auia querido admitir: solamente se agrauia la parte contraria de la segunda, en que manda la junta del Reyno, que la renta se administre y põga en fieldad, porque esta parte prohibe tornar la renta al dicho Alonso Perez Valderas por la dicha quiebra, lo qual tiene suma justificacion. Lo primero, porque el vltimo remate se hizo en Geronimo de Encalada en veinte y siete de Setiembre, y en diez de Otu-

bre

bre dio peticion Alonso Perez Valderas, en que pidio se diesse la renta por quebrada, por no auer afiançado en los diez dias conforme la ley 8. tit. 12. lib. 9. Recopil. En doze de Otubre se dio la rẽta por quebrada, como consta del auto en aquel dia proueydo, y del de veinte y quatro de Otubre, en que se dize auerse hecho la quiebra por el auto proueido en doze del dicho mes, cuyas palabras arriba referi, y en veinte y quatro de Otubre se hizo torno de la dicha renta a Alonso Perez Valderas, doze dias despues de la quiebra. Lo qual no se pudo hazer sino dẽtro de diez dias despues de la quiebra, l. 11. d. tit. 12. lib. 9. Recopilat. ibi: *Mandamos que si en la renta en quien viene quiebra por no afianzalla el arrendador menor ouo otro primero ponedor ò otros pujadores, y el dicho recaudador o arrendador mayor ò receptor quisiere fazer torno de la tal renta de vn arrendador o pujador en otro, començando desde el postrero sucessiuamente fasta el primero ponedor de la dicha renta, que lo pueda fazer dentro de diez dias y no despues.*

Lo segundo se justifica el dicho auto, porque el torno de la renta en que ay quiebra para hazerse en el siguiente ponedor o pujador, se ha de hazer en publica almoneda, como lo dispone la misma l. 11. ibi: *Y que el tal torno, o tornos se faga en publica almoneda por ante el nuestro escriuano de rentas del tal partido, y su lugar teniente, y por pregonero.* lo qual faltó en este caso, como consta de los autos.

Lo tercero se justifica el dicho auto, porque la quiebra era de muchissima cantidad, pues monta quatro mil ducados, y assi no conuenia q̃ se tornasse la rẽta al siguiẽte pujador, porq̃ desta manera auia de pagar precisamẽte la quiebra Geronimo de Encalada, y venia a quedar perdido. Lo qual no tenia conueniencia alguna, pues importa a la Real haziẽda, y a su buena admi-

nistracion hazer buen passage a los arrendadores para que con mas facilidad se halle quien arriende las rentas Reales: argumentum l. 3. §. cùm quinquennium, ff. de iure fisci, ibi: *Nam & facilius inuenientur conductores si sciuerint, &c.* Principalmente que la ley no necessita a hazer el torno al siguiente pujador, sino lo dexa en voluntad del receptor o hazedor de la renta, dicta l. 11. ibi: *Y el dicho recaudador ò arrendador mayor, o receptor quisiere fazer torno de la tal renta*, & ibi: *Que lo pueda fazer &c.* Y deponer en administracion y fieldad la dicha renta, no se le seguia daño a la Real hazienda, ni a particulares algunos por no auer juros situados en la dicha renta.

Y quando la justicia principal de Geronimo de Encalada no fuera tan llana como es, sino que fuesse tan dudosa como la de Alonso Perez Valderas, se auia de sentenciar este pleyto en su fauor, por ser como es reo, y tratar de damno vitando, y Alonso Perez de lucro captando: cùm in æquè dubijs causis pro reo respondendum sit, capite ex litteris de probat. glossa in l. 2. ff. ne quis eum qui in ius vocat. Hippolytus sing. 639. num. 6. & certum itidem quod in pari causa melior est conditio illius qui certat de damno vitando, l. non debet 42. §. in re obscura ff. de regulis iuris.

Secundum fundamentum.

EL segundo fundamento principal es, que quando huuiera lesion, no deuiera Alõso Perez Valderas ser restituydo. La razon deste fundamẽto es, que los mercaderes publicos, ex publico approbatos, en los contractos que hazen en razon de su mercãcia no deuẽ ser restituidos aunq̃ seã menores. Bart. in

in l. 1. C. qui & aduersus quos, Beneuenut. Strach. in tractat. de mercatura, 3. part. à num. 26. Cald. Pereira in d. l. si curatorem, verbo, læsis, num. 35. Ioan. Mauritius Bolanus tractatu de restitut. in integr. cap. 223. num. 4. inter tractat. Doct. Gratian. discept. forens. cap. 279. num. 46. Alonso Perez Valderas aunque es menor, es arrendador publico, admitido muchas vezes, y aprouado ex publico por la Iunta de los hazedores de rentas de la ciudad de Seuilla, como consta de escrituras presentadas por Geronimo de Encalada, y es tan notorio, que no lo puede negar, y este negocio que se trata es en razon de sus arrendamientos, y dependiente dellos, y asi no deue ser restituido. A este proposito haze la l. 3. ff. ad Maced. ibi: *Vnde Iulianus lib. 12. Digestorum in eo qui vectigalia conducta habebat scribit, & est sæpè constitutum cessare S.C.*

Podra la parte contraria responder a esta dotrina de Bart. que solamente procede en los contratos que el menor mercader publico haze en razon de su mercancia, pero no en los juyzios que sobre essos contratos huuiere.

A esto se responde, que la dotrina de Bart. se ha de entender tambien de los juyzios que huuiere sobre los contratos que el menor mercader publico hizo en razon de su mercancia, porque la razon de su dotrina tambien tiene lugar en tales juyzios. La razon porque dize Bart. y los que le siguen, que los mercaderes publicos menores no han de ser restituydos en los contratos que hizieren como tales mercaderes, es porque estos se equiparan en quanto a su mercancia a los menores que tienen venia, Beneuenut. Strach. vbi sup. num. 29. ibi: *Nam Bart. & alij citantes l. 1. C. de his qui veniam ætatis impetr. minores ex publico approbatos, & in albo mercatorum descriptos his qui ve-*

veniam ætatis impetrauerunt comparare videntur. Y como los menores que tienen venia en los contratos que pueden hazer, y en los juyzios que sobre ellos intentaren no pueden ser restituydos, l. 1. C. de his qui veniam, assi los mercaderes publicos menores no podran ser restituydos en los juyzios tocantes a su mercancia.

Ayuda esta consideracion, que si estos mercaderes publicos son habiles y capaces para tratar extrajudicialmente los negocios tocantes a su mercancia, y en ellos no ser restituydos, tambien han de ser tenidos por habiles para tratarlos judicialmente, y no ser restituydos en ellos, argum. text. in cap. fin. de iudicijs, lib. 6. iuncta ratione decidendi ad illum text. per Geminianum in principio ipsius text. num. 4. ibi: *Et ideo non sunt bonæ rationes, vnde dic quòd ratio potuit esse, vt ex quo ius approbat personas talium, vt sint habiles, & capaces tractare talia spiritualia extraiudicialiter. Ergo voluit quòd etiam iudicialiter censeantur habiles per se, & procuratores*. Et per Philip. Franch. ibidem, num. 6. in illis verbis: *Vel potuit esse ratio secundùm Doctores, quòd ex quo ius approbat personas talium minorum, vt sint capaces spiritualium, & beneficialium, & ea possint tractare extraiuditialiter, censeantur eodem modo habilitati iudicialiter per se, vel per alium.*

Tertium fundamentum.

EL tercero fundamento principal es, que Alonso Perez Valderas quando deuiera ser restituydo, no ha llegado el caso en que le competa el beneficio de restitucion, porque el no litigò en la junta del Reyno por si, sino por Iuan de Prado su procurador, y caso que estuuiera leso en no auer apelado

su

ſu procurador, auia de conuenir primero al procurador, y condenarle en los intereſſes y daños que ſe le auian recrecido por no auer apelado, y en caſo que no pudiera cobrar del, porque non eſſet ſoluendo, pudiera reſtituyrſe, y antes de hazer eſtas diligencias no le compete beneficio de reſtitucion, text. in l. cum mandato 24. ff. de minoribus, Gregor. Lop. in l. 2. tit. 19. Part. 6. gloſ. 2. ibi: *Si tamen qui fecit actum fuit procurator minoris, non reſtituitur minor niſi procuratore non exiſtente ſoluendo*, & in terminis noſtris eleganter, & copioſè plures referens Cald. Pereira in d. l. ſi curatorem, verbo, ſua facilitate, num. 35.

Quartum fundamentum.

EL quarto fundamento es, que caſo negado que Alonſo Perez Valderas huuiera de ſer reſtituydo, ſolamente auia de ſer para que en la inſtancia de apelacion ſe trataſſe de la juſticia principal en dos doçauos de la dicha renta, que ſon los que le pertenecen a Alonſo Perez Valderas, porq̃ los otros diez doçauos pertenecen a otros conſortes, como conſta de la eſcritura en eſte pleyto preſentada por Geronimo de Encalada, a los quales no puede aprouechar el beneficio de la reſtitucion, que a Alonſo Perez ſe le concediera, ſiendo como es diuidua la comodidad deſta renta, l. 2. C. ſi vnus ex pluribus appellauerit, l. 5. tit. 23. Part. 3. iunctis d. l. cum mandato, l. denique 3. §. fin. ff. de minorib. l. ſed & ſi quis 7. §. fin. ff. de inſtitor. iunctis etiam ijs quæ traduntur à Cald. Pereira in d. l. ſi curatorem, verbo, læſis, num. 30.

Pudiera ſeruir por quinto fundamento, que aunque ſe le ha opueſto a Alonſo Perez Valderas, que el poder que otorgò en virtud de que ſe pide eſta reſtitucion

cion no es baſtante, por ſer como es menor, y auerle otorgado ſin autoridad de curador, l. neque 11. C. de procurator. l. 3. tit. 5. Part. 3. gloſ. in l. illud. §. ſi talis, verbo, ipſo poſtulante, ff. de minor. y por ſer vn poder general, y no eſpecial, como era neceſſario para pedir reſtitucion, d. l. illud, §. ſi talis, Cald. Pereira in d. l. ſi curatorem, verbo, implorandum, num. 3. & 4. no ha querido ſu procurador preſentar poder baſtante.

Con lo dicho parece que eſtà fundada la juſticia de Geronimo de Encalada. Saluo, &c.

El Licenc. don Diego de la Cal Ochoa.